



SOUPLESSE DU DROIT DU TRAVAIL : LE DIVORCE ECONOMIQUE SANS FAUTE

En France, 10 000 emplois sont détruits et 10 000 emplois sont créés chaque jour. L'économie de marché est donc bien là. Or il n'est possible de faciliter l'embauche, et donc de réduire la période intermédiaire de chômage, que si les rouages du marché du travail sont fluides. Le Royaume-Uni a donc compris que l'emploi se pense à partir des entreprises, non à partir du chômage. Elles seules décident de la création d'emplois. Plus particulièrement, le pays a compris que son modèle économique doit surtout satisfaire aux besoins des entreprises de services, qui représentent, comme en France, plus de 73% de l'emploi total. Celles-ci, contrairement au secteur industriel, ont des coûts d'exploitation dépendant à plus de 80% de l'emploi. Il n'est donc pas viable qu'il n'y ait pas d'ajustement possible de leurs coûts en fonction de leur demande. Si les coûts salariaux sont maintenus alors que le chiffre d'affaire chute, l'entreprise passe en perte.

L'élasticité du niveau de l'emploi en fonction de l'activité est donc une donnée nécessaire à la santé de l'entreprise et au dynamisme de l'embauche. Sans elle, l'entreprise maintiendra un niveau constant de sous-emploi plutôt que de risquer un sureffectif qui conduirait à des pertes financières. Dans ce contexte, toute lourdeur excessive dans le droit du licenciement est un frein direct à l'embauche.

Or, le droit et la pratique française du licenciement ne semblent pas adaptés à ce contexte. La comparaison avec le système britannique est significative. En effet, les salariés anglais sont protégés contre les abus du licenciement. Mais cette protection est moins absolue que la protection française ; la pratique britannique est plus pragmatique et laisse à l'entreprise plus de liberté pour s'adapter au flux de l'activité. Une telle proposition ne retire pas au salarié sa protection, acquise aussi bien au Royaume-Uni qu'en France, mais limite le risque des coûts encourus par l'employeur lors d'un licenciement.

Comment alors, pour une protection du salarié comparable, la France peut-elle s'inspirer du Royaume-Uni, qui a réussi à faire de sa législation en matière de licenciement l'une des premières forces de son attractivité économique ?

Souplesse vs. rigidité : convergence de la protection de l'employé, divergence du coût pour l'employeur

Contrairement à l'image de flexibilité exacerbée souvent prêtée au système britannique, au Royaume-Uni comme en France, la liberté du chef d'entreprise de se séparer de ses employés est limitée et encadrée. Le droit du travail et la jurisprudence réglementent les motifs du licenciement ainsi que le processus menant à la décision de licenciement.

Toutefois, alors que le système français se méfie de l'employeur et a recours à des interdictions ou des réglementations formelles, le système britannique est plus souple

et privilégie le caractère raisonnable de l'entreprise dans le processus de licenciement, notamment en adaptant de manière plus réaliste les indemnités de licenciement à la gravité des motifs.

Le système juridique français et le système britannique ont établi deux motifs qui peuvent potentiellement justifier le recours au licenciement :

- les motifs personnels (inhérents à la personne du salarié)
- les motifs économiques (ceux liés à l'activité de l'entreprise)

1. Le motif personnel

Au Royaume-Uni, il existe deux types de motifs personnels de licenciement potentiellement justes : la capacité ou la qualification de l'employé, et la conduite de l'employé.

En France, le motif personnel n'est pas limitativement énuméré : il peut consister en une faute simple, grave ou lourde ou bien résider dans les capacités du salarié.

Dans les deux systèmes, le motif, en plus d'être réel ou *fair*, doit être suffisamment sérieux pour justifier le recours au licenciement.

Cependant, en France, les charges qui pèsent sur l'employeur en cas de licenciement sont autrement plus importantes qu'au Royaume-Uni, même si le licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse. Ce qui dissuade de licencier certes, mais surtout de réembaucher.

Exemple de licenciement pour motif personnel

Hypothèses :

- licenciement pour motif personnel
- d'un cadre de 51 ans avec 7 ans d'ancienneté
- préavis de 3 mois
- entreprise de plus de 50 salariés
- pas de convention collective applicable

	<i>France</i>	<i>Royaume-Uni</i>
<i>Paiement du préavis</i>	<i>estimé à 3 mois</i>	<i>estimé à 3 mois</i>
<i>Indemnités de licenciement</i>	<i>7/10 mois</i>	<i>0</i>
<i>Indemnité « Delalande »¹</i>	<i>3 mois</i>	<i>0</i>
<i>TOTAL</i>	<i>6,7 mois</i>	<i>3 mois</i>

Application :

Dernier salaire mensuel brut du salarié : € 5 200

Le coût du licenciement pour l'entreprise sera de € 34 840 en France et de € 15 600 au Royaume-Uni.

Aussi, en France, et même si le motif de licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse, l'entreprise devra verser des indemnités qui peuvent se révéler lourdes, parfois 50% plus élevées qu'au Royaume-Uni, comme pour

¹ Indépendamment du caractère réel et sérieux du motif de licenciement et sauf faute grave commise par le salarié, si ce dernier a plus de 50 ans et a été embauché avant l'âge de 45 ans, l'employeur en France devra verser aux ASSEDIC une contribution supplémentaire dite « Delalande » calculée en fonction de l'âge du salarié et de la taille de l'entreprise, comprise entre 1 et 12 mois de salaire.

compenser une injustice, alors même que le motif du licenciement provient d'une faute réelle et justifiée du salarié. Bien entendu, la prime Delalande peut représenter un coût très important pour l'employeur. Par ailleurs, elle crée une différence de coût pour l'employeur selon l'âge du salarié licencié. Même depuis l'assouplissement législatif intervenu en 2003, une certaine catégorie de travailleurs (aujourd'hui les 40-45 ans) est défavorisée et aura plus de difficultés à être embauchée².

2. Le motif économique

Ce motif a été créé pour permettre aux entreprises de réduire leur effectif en cas de difficultés financières. Les conditions de recours à ce motif de licenciement sont plus strictes en France qu'au Royaume-Uni, puisque le droit français du travail exige la suppression ou la mutation d'un poste pour que le licenciement soit qualifié d'économique, alors qu'au Royaume-Uni la simple baisse d'activité ou la probabilité d'une baisse d'activité suffit.

Mais dans les deux pays, dans le cas d'un licenciement collectif concernant un certain nombre d'employés dépassant un palier variable selon la taille de l'entreprise, l'employeur doit consulter les représentants du personnel. Et les entreprises anglaises comme les entreprises françaises doivent indemniser les salariés licenciés pour motif économique.

Au Royaume-Uni, l'indemnité légale est de :

- une semaine de salaire par année travaillée si le salarié a moins de 41 ans
- une semaine et demie par année travaillée si le salarié a plus de 41 ans
- le salaire de calcul est plafonné à £ 270 par semaine (€ 415 par semaine)
- l'indemnité totale est plafonnée à £ 8 100 (€ 12 000)

En pratique et si l'économie le permet, les entreprises au Royaume-Uni accordent souvent à leurs employés licenciés pour motif économique des indemnités supérieures à celles auxquelles ils auraient légalement droit.

En France l'indemnité prévue par le Code du travail est similaire (1/5^{ème} de mois de salaire par année travaillée jusqu'à la 10^{ème} année, 1/3 de mois de salaire au delà), mais il n'y a pas de plafond et les conventions collectives peuvent prévoir des indemnités supérieures.

Exemple de licenciement pour motif économique

Hypothèses :

- licenciement pour motif économique
- d'un cadre de 35 ans avec 6 ans d'ancienneté
- pas de convention collective applicable
- salaire mensuel brut de € 5 200

	<i>France</i>	<i>Royaume-Uni</i>
<i>Indemnités de licenciement théoriques</i>	<i>6/5 mois</i>	<i>6 semaines</i>
<i>Salaire hebdomadaire</i>		<i>€ 1 200</i>
<i>Plafond</i>	<i>N/A</i>	<i>€ 415 par semaine</i>

² Rappelons que le taux d'emploi des 55-64 ans au Royaume-Uni est de 55.5% contre 36.8% en France.

<i>Indemnités réelles</i>	<i>€ 6 240</i>	<i>€ 2 400</i>
---------------------------	----------------	----------------

Application :

Le coût du licenciement pour l'entreprise sera de € 6 240 en France et de € 2 400 au Royaume-Uni.

Aussi le licenciement pour motif économique est-il fortement pénalisant pour l'employeur français, alors même qu'il est crucial pour l'ajustement de l'activité de l'entreprise à l'économie. Si les indemnités versées à un cadre sont 3 fois plus élevées en France, l'employeur hésitera à licencier certes, mais il n'embauchera pas quand le rythme de l'activité reprendra, de même qu'il augmentera peu les salaires.

Protection du salarié n'équivaut pas à pénalité pour l'employeur. Si le motif de licenciement est réel et sérieux et si la procédure est respectée, l'employeur ne devrait pas être « puni » de licencier. Verrouiller les licenciements est un processus anti-productif en tous points et très pénalisant pour le dynamisme global d'un pays.

Il est donc nécessaire d'établir un meilleur équilibre des indemnités, voire de créer des indemnités plafond comme au Royaume-Uni, de fluidifier le marché du travail et de rendre le licenciement plus naturel et donc l'embauche plus facile. Un licenciement moins pénalisant augmenterait automatiquement les embauches à moyen ou à court terme : les répercussions positives d'un assouplissement du droit du travail à ce niveau seraient immédiates.

Le recours contentieux : une protection du salarié connectée aux réalités économiques

Lorsqu'un salarié s'estime à tort ou à raison victime d'un licenciement injustifié, il a la possibilité d'introduire un recours en justice pour solliciter une indemnisation³. Or, les risques liés à cette éventualité sont plus lourds et plus imprévisibles pour les entreprises basées en France que pour leurs homologues au Royaume-Uni. Alors que le système anglais a prévu des garde-fous pour éviter à l'entreprise de supporter des indemnités trop lourdes, le système français offre au salarié une protection déconnectée des réalités économiques.

Des dommages et intérêts démesurés en cas de licenciement jugé injustifié

La philosophie du système d'indemnisation judiciaire est très différente d'un pays à l'autre, avec un « système de plancher » qui protège le salarié en France et un « système de plafond » qui protège l'employeur au Royaume-Uni. En France, si le licenciement est considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse, l'indemnisation du salarié dépendra de son ancienneté dans l'entreprise et de la taille de cette dernière. Il pourra également solliciter l'indemnisation de son préjudice moral : le montant de la condamnation qu'encourt l'employeur est donc illimité. Le tribunal pourra de même ordonner le remboursement par l'employeur de tout ou partie des allocations chômage dans une limite de 6 mois, ainsi que les arriérés d'heures supplémentaires⁴.

³ Au Royaume-Uni, l'action en justice à la suite d'un licenciement injustifié n'est ouverte qu'au salarié ayant plus d'un an d'ancienneté.

⁴ « Aujourd'hui, dès qu'un avocat reçoit un nouveau dossier dans les intérêts d'un salarié licencié, avant toute chose il demande au salarié d'établir la liste des heures supplémentaires qui ne lui ont pas été payées. Comme les juges font peser la charge de la preuve sur l'employeur, il sera très difficile

Au Royaume-Uni, si le licenciement est considéré injustifié, le salarié aura droit à deux types d'indemnisation :

- L'indemnité de base (« *basic award* ») est calculée de la même manière que les indemnités de licenciement économique et est pareillement plafonnée à £ 8 100 (€ 12 000).
- Il aura droit à des dommages et intérêts (« *compensatory awards* ») devant indemniser son préjudice réel subi du fait de son licenciement. Ces dommages et intérêts sont plafonnés à £ 55 000 (€ 80 300), sauf en cas de discrimination, auquel cas le préjudice moral est pris en compte.

Exemple d'indemnisation du licenciement non justifié

Hypothèses :

- Licenciement jugé « *unfair* » ou sans cause réelle et sérieuse
- d'un cadre de 35 ans avec 6 ans d'ancienneté
- Retrouve un emploi après 2 mois de recherche
- Salaire mensuel brut de € 5 200

	France	Royaume-Uni
Dommages et intérêt de base	6 mois	6 semaines soit 1,38 mois
Dommages et intérêts supplémentaires	0	2 mois
Préjudice moral	estimé à 1 mois	N/A
Remboursement des organismes sociaux	57% de 2 mois soit 1,14 mois	N/A
TOTAL	8,14 mois	3,38 mois

Application :

Le montant des indemnisations sera de € 42 328 en France et de € 17 576 au Royaume-Uni.

Au Royaume-Uni prime ainsi la logique économique, en indemnisant le préjudice réel du salarié et en exigeant de ce dernier qu'il ait démontré des efforts pour diminuer son propre préjudice. En France, la logique est sociale et punit l'employeur qui aurait licencié un salarié sans motif acceptable, d'autant plus que les Conseils de Prud'hommes interprètent le droit du travail d'une manière très favorable au salarié, ce qui accroît encore le risque qu'un licenciement qu'on croyait justifié soit jugé comme étant dénué de cause réelle et sérieuse.

Accusés, levez-vous ! Le licenciement à la française est un traumatisme pour l'employé et pour l'employeur

La crainte du contentieux

En France, en raison de l'imprévisibilité de l'issue d'une procédure contentieuse et du caractère illimité des indemnités, de nombreuses entreprises

pour ce dernier, sauf s'il existe un système de badge ou de pointeuse dans l'entreprise, de contester une simple liste établie manuellement par le salarié ». Avocat spécialisé en droit social, DS Avocats, Paris.

préfèrent prévenir tout risque et accompagner le licenciement d'une indemnité transactionnelle.

Au Royaume-Uni, il semble que les entreprises ressentent moins cette nécessité dès lors que le licenciement est justifié. En effet le risque est moindre (en raison de la pratique des tribunaux du travail) et il est prévisible (en raison des plafonds d'indemnisation). Dès lors, si une transaction intervient, cela sera souvent après que le salarié a intenté un recours en justice. Au Royaume-Uni, si contentieux il y a, il sera donc considéré comme un dernier recours, voire une dernière chance de transiger sans passer par le jugement.

Le licenciement perçu comme faute

En France, le licenciement est un traumatisme, l'équivalent professionnel du divorce pour faute. La procédure longue peut devenir une obsession pour l'employé et le traumatisme qui en découle est un frein au changement d'emploi. C'est également un traumatisme pour l'employeur, fréquemment menacé de poursuites pénales au moment du licenciement quand ce dernier s'accompagne de recours liés au dépassement du temps de travail. La pénalisation excessive du droit du travail est un obstacle supplémentaire à l'embauche. En outre, le caractère inquisitoire de l'Inspection du Travail, dont la visite est requise pour tout plan de licenciement économique, est un véritable facteur de terreur pour l'employeur.

Au Royaume-Uni, on perçoit moins cette vision traumatisante du licenciement. Celui-ci n'est pas un obstacle à la ré-embauche, et d'autant moins que, dans l'état actuel de tension du marché britannique, le salarié licencié est raisonnablement confiant de retrouver un emploi. C'est plus l'employé qui est en position de force vis-à-vis de l'employeur que l'inverse. C'est pourquoi il est important de pacifier la relation employeur-employé, même au moment du licenciement, afin de fluidifier le marché de l'emploi et faciliter l'embauche, la reconversion, et l'évolution du travailleur. Les relations du travail doivent se considérer sous l'angle du pacte social et non du conflit.

Ainsi, si les risques liés au licenciement sont trop importants ou même s'ils sont uniquement perçus comme trop importants par l'employeur français, l'embauche sera découragée. Il y a un seuil de tolérance que les coûts de licenciement ne doivent pas dépasser pour ne pas nuire à l'emploi. Aussi, si licencier est un risque pour l'employeur, embaucher le sera davantage. Les rigidités du droit du travail sont les premiers freins de l'emploi et de la croissance, non seulement pour les embauches qu'elles empêchent mais également pour la réticence au travail qu'elles suscitent chez le travailleur.

L'adaptabilité du droit du travail aux fluctuations économiques est le premier impératif d'un pays qui se veut attractif. En s'inspirant du droit britannique et sans retirer au salarié sa protection, la France pourrait envisager d'indemniser le préjudice économique *réel* du salarié. Ces changements sont essentiels pour l'équilibre des relations et pour le balancier des pouvoirs entre l'employé et l'employeur, et à terme pour fluidifier le marché d'emploi en favorisant le processus naturel d'embauche et de licenciement.